

PROCESSO - A. I. N° 232946.0003/07-9
RECORRENTE - KAUTEX TEXTRON DO BRASIL LTDA. (KAUTEX-A TEXTRON COMPANY)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2^a JJF n° 0309-02/08
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 05/06/2009

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0133-12/09

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DO DIREITO AO CRÉDITO. Imputação não elidida. Lançamento mantido. **b)** AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE USO OU CONSUMO. Peças de manutenção de equipamentos não são insumos industriais. Tecnicamente, constituem materiais de uso ou consumo. Além disso, o crédito glosado diz respeito também a luvas, sapatos, avental, etc., que constituem, sem dúvida, materiais de uso e consumo. Vedado o crédito. Lançamento mantido. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Somente não é devido o pagamento da diferença de alíquotas se a não-incidência ou isenção do imposto na saída do estabelecimento de origem tiver amparo constitucional, cumprindo observar que, no caso de isenção, a Constituição prevê que a isenção só pode ser estabelecida através de acordo entre as unidades federadas (convênio). Lançamento mantido. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTAS. **a)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. **b)** OPERAÇÕES NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTAS. Alegada a existência de Regime Especial que dispensa a escrituração das entradas. De acordo com o Regime Especial concedido, a dispensa de emissão e de registro nos livros fiscais diz respeito unicamente às mercadorias que transitarem dentro da área do Complexo Ford. Na situação em exame, trata-se de Notas Fiscais capturadas nos postos fiscais e processadas no sistema do CFAMT (Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito). Mantidas as multas. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE SISTEMA ELETRÔNICO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS AO FISCO MEDIANTE INTIMAÇÃO. ARQUIVOS ENTREGUES COM INCONSISTÊNCIAS. MULTA. Fato demonstrado nos autos. Penalidade mantida. Não acatadas as preliminares suscitadas. Indeferido requerimento de perícia. Quanto às alegações de que as multas aplicadas têm efeito de confisco e de que os acréscimos moratórios não podem ser calculados com base na SELIC, não é razoável discutir a constitucionalidade do

direito posto no âmbito administrativo. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso Voluntário cujo objetivo é reformar a Decisão proferida pela 2^a JJF, a qual julgou o Auto de Infração em lide totalmente procedente, o qual imputa ao recorrente a prática dos seguintes ilícitos tributários:

INFRAÇÃO 1: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Consta, ainda, que o contribuinte apesar de intimado regularmente e renovado através de e-mail, o mesmo não apresentou as notas fiscais e ainda divergiu do CFOP do livro fiscal para o registrado nos arquivos magnéticos, conforme demonstrado nas planilhas, cópias dos livros Registro de Entradas, intimação e cópia do e-mail;

INFRAÇÃO 2: Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da federação e destinadas a consumo do estabelecimento;

INFRAÇÃO 3: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento;

INFRAÇÃO 4: Entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal. Consta, ainda, que as notas fiscais foram obtidas por meio do sistema CFAMT;

INFRAÇÃO 5: Deu entrada de mercadoria(s) sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal;

INFRAÇÃO 6: Escriturou crédito fiscal fora do período em que se verificou a entrada da mercadoria, a aquisição de sua propriedade, a prestação do serviço por ele tomado, ou fora do período em que se verificou ou configurou o direito à utilização do crédito. Consta na descrição dos fatos que o autuado lançou em outros créditos no Registro de Apuração do ICMS nº 4, do mês de fevereiro de 2004, a fl. 09, valor correspondente a duas notas fiscais não apresentadas ao fisco, sem constar do livro registro de entradas ou mesmo nos arquivos magnéticos, alegando falta de creditamento anterior. Apesar de regulamente intimado, não foi justificado o registro;

INFRAÇÃO 7: Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas.

Os julgadores *a quo* ao analisarem a impugnação interposta, afastaram as preliminares de nulidades arguidas pelo sujeito passivo, e julgaram o mérito totalmente procedente aduzindo em apertada síntese o que segue:

Quanto à preliminar de nulidade da intimação/recebimento por pessoa incompetente, afastaram a mesma aduzindo que consta no sistema informatizado da SEFAZ o seu nome no rol dos responsáveis pelo estabelecimento situado na Bahia, e que foi ela que assinou as intimações para apresentação ou exibição de documentos durante a ação fiscal.

No que concerne à segunda preliminar de nulidade, em decorrência do não recebimento dos demonstrativos fiscais que detalham cada lançamento os julgadores de Primeira Instância afastaram a mesma, aduzindo que consta às fls. 557 um termo em que o preposto da empresa declara ter recebido os demonstrativos em discussão.

Em relação à preliminar de nulidade em decorrência do local da lavratura do Auto de Infração, asseveraram que ela não deveria ser acolhida, pois o art. 39 do RPAF prevê que o Auto de Infração pode ser lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar a infração. Tendo o presente auto sido lavrado na repartição fazendária, não há

qualquer vício na autuação.

Quanto à alegada violação ao princípio da legalidade, aduziram que o fato do Auto de Infração indicar dispositivos de regulamento não significa que se esteja exigindo algo não previsto em Lei, isto porque os preceitos do regulamento repetem os preceitos de Lei. Dizem que o fato do regulamento detalhar os dispositivos de Lei não implica em inovação legal. Asseveraram que caberia a defesa indicar, com precisão, qual foi a obrigação estipulada sem previsão legal e que de acordo com o art. 19 do RPAF, a indicação de dispositivo regulamentar equivale a menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente.

Quanto ao mérito da infração 1, aduziram que “*Para tornar insubsistente o lançamento seria bastante que o contribuinte juntasse cópia dos documentos. Não juntou. Apenas requer prazo para apresentá-los. O prazo é o do art. 123 do RPAF. A defesa alega que a empresa teria saldo credor nos períodos considerados. Não provou. Há, de fato, a distinção entre “escrituração” e “utilização” de crédito. Se o crédito é “escriturado indevidamente” porém não chega a ser utilizado, por haver saldo credor, o fato configura apenas descumprimento de obrigação acessória. Porém, conforme salientei, foi apenas alegado que nos períodos em questão haveria saldos credores, mas isto não foi provado.*”

No tocante à infração 2, mantiveram a mesma na sua integralidade sob o seguintes fundamentos: “*O autuado alega que não seria devida a diferença de alíquotas porque a saída dos bens do estabelecimento de origem é feita com isenção do imposto. Embora a operação seja uma só, há que se distinguir a existência de dois fatos geradores: um, na saída dos bens do estabelecimento remetente; outro, na entrada dos bens no estabelecimento destinatário, relativamente à diferença de alíquotas. O art. 69 do Regulamento do ICMS prevê que a base de cálculo do ICMS, para efeito do pagamento da diferença de alíquotas, é o valor da operação na unidade federada de origem, e o imposto a ser pago é o valor resultante da aplicação, sobre essa base de cálculo, do percentual equivalente à diferença entre a alíquota prevista para as operações ou prestações internas neste Estado, segundo a espécie de mercadoria, e a alíquota interestadual prevista na legislação da unidade da Federação de origem. No parágrafo único, I, “a”, é dito que é devido o pagamento de alíquota se no documento fiscal de origem não houver o destaque do imposto por erro ou omissão, bem como em virtude de não-incidência ou de isenção reconhecidas ou concedidas sem amparo constitucional pela unidade federada de origem, sendo que, para o cálculo da diferença a ser paga, será cotejada a alíquota interna deste Estado com a alíquota prevista na legislação da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais. Sendo assim, somente não é devido o pagamento da diferença de alíquotas se a não-incidência ou isenção do imposto na saída do estabelecimento de origem tiver amparo constitucional, cumprindo observar que, no caso de isenção, a Constituição prevê que a isenção somente pode ser estabelecida através de acordo entre as unidades federadas (convênio). Mantendo o lançamento*

Em relação ao item 3, disseram que embora o autuado tivesse afirmado que os bens que objetivaram a autuação, fossem peças de manutenção utilizadas no processo produtivo, estas peças de manutenção de equipamento não são insumos industriais, e que se tratam, tecnicamente de bens de uso e consumo, motivo pelo qual é vedado o creditamento levado a efeito pelo autuado. Asseveraram, ainda, que a JJF não tem competência legal para apreciar a constitucionalidade do direito, posto que o crédito glosado diz respeito, também, a luvas, sapatos, avental, que constituem, sem dúvida, bens de uso e consumo.

As infrações 4 e 5 são mantidas sob o fundamento de que o Regime Especial aludido pelo recorrente apenas encampam as mercadorias que transitarem dentro da área do complexo FORD (fls. 540) e que no presente caso, trata-se de notas fiscais capturadas nos postos fiscais e processadas no sistema CFAMT (Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito).

Os julgadores de Primeira Instância mantiveram a infração 6 aduzindo que “*foi escriturado crédito fiscal a título de “outros créditos”, no livro de apuração, relativamente a duas Notas Fiscais, e estas não foram apresentadas à fiscalização. Repito o que disse em relação ao item 1º.*

Para tornar insubsistente o lançamento seria bastante que o contribuinte juntasse cópia dos documentos, porém a defesa se limita a requer prazo para apresentá-los. O prazo é o do art. 123 do RPAF. A defesa alega que a empresa teria saldo credor nos períodos considerados. Realmente há a distinção entre “escrituração” e “utilização” de crédito. Se o crédito é “escriturado indevidamente” porém não chega a ser utilizado, por haver saldo credor, o fato configura apenas descumprimento de obrigação acessória. Porém foi apenas alegado que nos períodos em questão haveria saldos credores, mas isto não foi provado. Mantenho o lançamento.”

Quanto à infração 7 aduziram que mantiveram a multa aplicada, “*O art. 708-B do RICMS cuida da obrigação do contribuinte de entregar à fiscalização os arquivos magnéticos de suas operações, quando intimado nesse sentido, no prazo de 5 dias úteis, contado da data do recebimento da intimação. Consta à fl. 21 dos autos intimação para esse fim. Por outro lado, prevê o § 5º ao art. 708-B do RICMS o prazo de 30 dias úteis para que o contribuinte corrija arquivo magnético apresentado com inconsistência. No caso em exame, consta à fl. 25 essa intimação, e nela é feita referência a um “demonstrativo anexo” (que é a chamada listagem-diagnóstico). O contribuinte apresentou os arquivos, porém não corrigiu as inconsistências apresentadas. Está configurada a infração.*”

Quanto à multa aplicada nesta infração, disseram que, embora o autuante houvesse calculado corretamente, se equivocou ao ter indicado o dispositivo legal, trocando a alínea “i” pela letra “g”, porém tal equívoco não invalidava a ação fiscal, pois os fatos que originaram a autuação foram descritos de forma clara, não havendo cerceamento de defesa.

Quanto à alegação de que haveria duplicidade de penalidade, em relação ao Auto de Infração em litígio o de nº 232946.0002/08-0, pelos fatos do período de apuração serem os mesmos, disseram que se houver duplicidade, será objeto do segundo Auto de Infração.

Em relação ao pedido de perícia, disseram que o autuado não demonstrou de forma objetiva tal necessidade, pois não foram apontados erros materiais dos lançamentos que justifiquem tal medida.

No tocante à alegação de que as multas aplicadas têm efeito de confisco e de que os acréscimos moratórios não podem ser calculados com base na SELIC, disseram que não têm competência para analisar a constitucionalidade do direito posto no direito administrativo.

Quanto ao pedido de que as intimações e as notificações sejam encaminhadas para o endereço de fls. 601, disseram que não custa nada que tal pleito seja atendido, porém não haverá nulidade se as intimações forem encaminhadas diretamente ao próprio contribuinte, desde que observadas as regras do art. 108 do RPAF.

Inconformado com a Decisão proferida em primeiro grau, o sujeito passivo ingressa com Recurso Voluntário, reiterando todas as razões trazidas na impugnação.

Inicialmente sustenta a nulidade do Auto de Infração, sob o fundamento de que “... a intimação fiscal é deficiente, pois foi recebida por pessoa sem poderes para tanto. Diz que, depois de lavrado o Auto, verificou a existência de intimações para apresentação de documentos supostamente recebidas por uma de suas “colaboradoras”, e foi isso o que ensejou a aplicação de multas em razão de suposto descumprimento de tais intimações, pois houve equívoco da “colaboradora”, uma vez que a empresa somente foi efetivamente cientificada já com o decurso do prazo ou sem tempo hábil. Alega que a fiscalização descumpriu o previsto nos arts. 108 e 109 do RPAF, haja vista que a Sra. Quésia Cardoso dos S. Silva é mera assistente e não tem poderes para receber intimações, notificações, citações e outros atos dessa natureza. Além disso, o agente fiscal encaminhou mensagens eletrônicas (“e-mails”) solicitando informações e documentos da empresa, cujos recebimentos foram apurados por seus efetivos representantes legais, após a lavratura do Auto, além de solicitar documentos e informações já solicitados, ensejando aparente dupla apenação. Alega que não poderia atender às intimações por não tê-las recebido. Considera que o agente fiscal não encerrou suas diligências relativas a idênticos fatos e períodos, mesmo após a lavratura do Auto, em face das novas mensagens eletrônicas

encaminhadas, conforme “e-mail” anexo. Diz que há confusão, ensejando, por outro ângulo de dedução, duplas penalidades. Requer a declaração de nulidade do procedimento, por falta de intimação prévia válida, além de toda a autuação ser imprecisa e obscura.”

Na segunda preliminar sustenta que a sua defesa foi cerceada pelo fato de não ter o mesmo recebido os anexos mencionados no auto.

Quanto à terceira preliminar, aduziu que o Auto de Infração é nulo, pois o mesmo foi lavrado na repartição fiscal, e não no estabelecimento do autuado, “*Alega que não houve qualquer impedimento ou motivo relevante para que o procedimento normal e usual da fiscalização se processasse na sede da empresa fiscalizada. Aduz que este procedimento pode dar margem à quebra da segurança jurídica e põe em risco a própria seriedade que deve existir nas relações entre o fisco e o contribuinte e nos demais atos administrativos da fiscalização, com visível desprezo ao princípio do contraditório, pois, durante as diligências de fiscalização, o contribuinte tem o direito de se fazer representar e, se necessário, também pelo seu advogado. Diz que o agente fiscal não desconhecia que os procedimentos levados a efeito pela empresa tinham diversas e distintas questões das que entendeu ao autuar, e isso fulmina de nulidade o Auto.*

Em relação à quarta preliminar, asseverou que o autuante baseou a autuação em normas regulamentares e não em lei, o que tornou o lançamento de ofício nulo por vício formal.

Quanto ao mérito do Recurso Voluntário, tendo em vista que o mesmo praticamente repetiu as alegações trazidas na impugnação, transcrevo o relatório da JJF, que relatou os principais argumentos do autuado com bastante maestria:

“Quanto ao mérito, a defesa impugna o lançamento do item 1º negando que tivesse utilizado crédito fiscal, conforme supostamente apurou a fiscalização, pois as DMAs do período fiscalizado demonstram que não houve saldo devedor de imposto, e sim saldo credor. Requer a concessão do prazo de 30 dias para a juntada de outros documentos pertinentes, de modo a demonstrar a inexistência da infração. Argumenta, sem reconhecer o fato, que no máximo se deu lançamento indevido, ou seja, mero erro formal no registro, inexistindo prejuízo à fazenda estadual.

Impugna também o lançamento do item 2º, alegando que não há diferença de alíquotas a ser paga, porque na operação não há incidência de tributo, de acordo com o art. 7º, XV, do Decreto nº 45.490/00 do Estado de São Paulo e do art. 42 do Decreto federal nº 4.544/02. Argumenta que, se a origem não é tributada, inexiste diferença de alíquotas. Chama ainda a atenção para o art. 4º, VII, da Lei federal nº 6.374/89, e pondera que a própria lei do ICMS igualmente trata a questão como caso de não-incidência de tributo, significando que não há diferença de alíquotas. Considera que o fisco baiano pretende cobrar diferença de alíquotas sobre “mercadoria não tributada”. Transcreve dispositivos do regulamento do imposto (arts. 1º, § 2º, IV, e 69, “caput”), para concluir que a legislação que supostamente legitima a autuação é inaplicável ao caso em testilha, pois se trata de mercadorias destinadas a outro estabelecimento do mesmo titular, sem incidência de tributo. Cita doutrina.

Com relação ao item 3º, alega que não foi detalhado ou informado quais seriam as mercadorias que não ensejavam o crédito do imposto, sendo por isso deficiente a autuação, por cercear o direito de defesa. Considera legal o aproveitamento do crédito de mercadorias utilizadas no processo produtivo, tais como peças que são substituídas em equipamentos que produzem os tanques de combustível, equipamentos de segurança no manuseio dos equipamentos, entre outros. Requer que, se não acolhida a preliminar de nulidade, seja o feito remetido em diligência para que o fisco informe cada uma das mercadorias e estabeleça a relação com a respectiva norma, possibilitando à empresa e ao órgão julgador conhecer quais seriam elas. Requer, eventualmente, a realização de perícia, atendidos os princípios da ampla defesa e do contraditório. Explica que sua empresa atua tradicionalmente no segmento automotivo, dedicando-se há muitos anos ao desenvolvimento e à fabricação de artigos plásticos através de procedimentos técnicos de sopro e injeção, bem como à elaboração de projetos de máquinas e ferramental, e para esta atividade há a filial localizada em Camaçari, Bahia, que atende ao complexo Ford. Reporta-se ao conceito de tributo dado pelo art. 3º do CTN e ao princípio da legalidade esculpido no art. 5º, II, da Constituição e no art. 97, V, do CTN. Invoca também o princípio da não-cumulatividade, tecendo considerações acerca da licitude do direito ao crédito do valor do imposto incidente nas operações de aquisições ou entradas de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado que participem da industrialização ou comercialização de mercadorias objeto de posteriores saídas tributadas pelo ICMS. Considera que o fiscal se confundiu ao glosar o crédito do imposto de peças de manutenção, de produto destinado ao consumo e processo produtivo. Pondera que a situação fática estabelecida pelo agente fiscal não é a mesma relativa ao ativo imobilizado, pois, ao contrário disso, o tratamento é dado como sendo peças de

manutenção utilizadas no processo produtivo, amparado de forma técnica com a demonstração inequívoca da utilização do produto no processo produtivo. Argumenta que, diferentemente do produto componente do ativo imobilizado, as peças de manutenção utilizadas no processo produtivo têm o mesmo tratamento dos produtos adquiridos para uso e consumo no processo de fabricação, e a Lei Complementar nº 87/96 autoriza a compensação já inserida no ordenamento jurídico desde o Código Civil, considerando como instituto pelo qual se liquida uma dívida quando as dívidas recíprocas estão vencidas, sendo vedado ao legislador alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado. Segundo a defesa, a Constituição teria instituído, em substituição ao abatimento, outra sistemática para a apuração do crédito financeiro do ICMS, que seria o mecanismo da compensação, envolvendo todos os bens e mercadorias para uso e consumo, não obstante a intenção de se dar interpretações diferenciadas para uma e outra expressão. Considera que a referida lei complementar, ao reafirmar a cláusula da não-cumulatividade, ou seja, o direito dos contribuintes ao exercício dos créditos financeiros do ICMS, não criou ou reconheceu relações inexistentes antes dela, mas tão-somente declarou o sentido fíel da Constituição, de modo que sua vigência e eficácia não podem ser diversas das previstas na Constituição. Cita doutrina e jurisprudência. Comenta o mecanismo da não-cumulatividade. Conclui sustentando que a única condição para ocorrer a assunção do crédito é o fato de o contribuinte ter participado de operações anteriores com quaisquer mercadorias e venham estas a ser, ou a não ser, agregadas ao processo produtivo. Destaca a conotação plural do substantivo “operação”, significando o conjunto global das operações relativas a todos e quaisquer produtos ou mercadorias em que haja incidência do ICMS e que tenham sido objeto de negociações por parte do contribuinte. Assinala que tanto o débito como o crédito têm raízes na Constituição, sendo que aquele depende de lei tributária ordinária para dimensioná-lo, ao passo que este configura direito constitucional inalterável por leis complementar e ordinária. Pugna pela improcedência do lançamento em questão.

Quanto ao item 4º, o autuado alega que sua empresa, assim como as demais estabelecidas no complexo industrial Ford, possui Regime Especial concedido pelo Estado da Bahia, o qual dispensa a escrituração de Notas Fiscais e dispõe sobre outras concessões e isenções. Diz ser inconcebível que sua empresa reconhecida internacionalmente, com plantas industriais na Bahia, Paraná e São Paulo, e que atende a empresas do setor automobilístico, entre outras, deixaria de realizar os devidos registros contábeis para não recolher tributos ou aproveitar-se de outros benefícios. Requer, sem reconhecer o fato, a concessão do prazo de 30 dias para demonstrar, por meio de levantamentos, arquivos e documentos, o efetivo registro das notas fiscais mencionadas pela fiscalização, bem como erros de lançamentos e os lançamentos em duplicidade por parte do preposto fiscal.

Relativamente ao item 5º, a exemplo do que alegou na impugnação do item anterior, o autuado diz que, assim como as demais empresas do complexo industrial Ford, possui Regime Especial concedido pelo Estado da Bahia, o qual dispensa a escrituração de Notas Fiscais e dispõe sobre outras concessões e isenções. Sem reconhecer o fato, requer o prazo de 30 dias para demonstrar, por meio de levantamentos, arquivos e documentos, o efetivo registro das Notas Fiscais mencionadas pela fiscalização, bem como erros de lançamentos e os lançamentos em duplicidade por parte do preposto fiscal.

No tocante ao item 6º, alega que a descrição da infração é imprestável para qualquer conclusão, pois afirma ter havido escrituração do crédito fiscal fora do período em que se verificaram 1) a entrada da mercadoria, 2) a aquisição de sua propriedade, 3) a prestação do serviço por ele tomado, 4) ou fora do período em que se verificou ou configurou o direito à utilização do crédito. Reclama que não se sabe, até mesmo por ausência dos anexos, se todas essas situações enumeradas são bases do Auto, ou se o relato, tal como se interpreta, é genérico e não demonstra precisão na descrição fática da suposta infração. Aduz que a descrição faz menção, ainda, a falta de apresentação de Notas Fiscais, embora lançadas no Registro de Apuração do ICMS, sem constar no Registro de Entradas ou nos arquivos magnéticos, face a suposta falta de creditamento anterior. Assegura que a empresa não utilizou crédito fiscal, conforme supostamente apurou a fiscalização, e por isso a autuação é insubstancial, haja vista que as DMAs do período fiscalizado demonstram que não houve saldo devedor de imposto e sim saldo credor. Requer a concessão do prazo de 30 dias para a juntada de documentos pertinentes, de modo a demonstrar a inexistência da infração.

Quanto ao item 7º, a defesa transcreve trechos do art. 708-B (o “caput” e o § 3º) do RICMS e cita rotina da Gerência de Automação Fiscal (GEAFI), cujo item 3º cuida da necessidade da prestação de orientação e da aplicação de multas referentes a infrações relacionadas aos arquivos magnéticos de que trata o Convênio ICMS 57/95. Com base nesses elementos, argumenta que, de acordo com a determinação da GEAFI e do art. 708-B, § 3º, do RICMS, o fornecimento de relatórios precisos e orientações ao contribuinte se torna de essencial importância, possibilitando possíveis e eventuais ajustes necessários, porém tais procedimentos obrigatórios não foram observados pela fiscalização, e, além disso, as intimações encaminhadas descumpriram tais normas e outras mais, uma vez que não foram recebidas pela empresa, e o agente fiscal aparentemente não encerrou suas diligências, mesmo após a lavratura do Auto de Infração, pois ainda encaminhou novas mensagens eletrônicas relativa ao mesmo período discutido. Alega que a autuação é inconsistente e deficiente, e há confusão, haja vista que, mesmo após a lavratura do Auto, as diligências relativas aos fatos e períodos não se encerraram, ensejando, numa conclusão óbvia, insubstância e duplicidade de apenação, e desconhece a lavratura de novo Auto de Infração. Considera demonstrada a nulidade da autuação por falta de certeza quanto aos fatos

imputados como violadores das normas. Requer a exclusão do item 7º do Auto, ou que seja determinada diligência para possibilitar à impugnante certeza e plena ciência das solicitações do agente fiscal, bem como a este mesmo, ainda que tenha de recomeçar seu trabalho e eventualmente retificar a autuação. Pugna pela nulidade das intimações, alegando que a empresa não havia sido intimada regularmente para corrigir as supostas inconsistências verificadas em arquivo magnético, nem recebeu qualquer listagem-diagnóstico indicando as irregularidades encontradas pelo preposto fiscal, sendo por isso necessária a concessão de novo prazo, de modo a permitir o atendimento das intimações. Ultrapassadas essas questões formais, adentra no mérito, alegando que os protocolos TED, anexos, demonstram o cumprimento da obrigação acessória, e observa que foram enviados os arquivos magnéticos Sintegra do período considerado. Reitera as alegações atinentes às intimações, reclamando que a fiscalização causou prejuízos para o cumprimento da obrigação acessória e para o exercício da ampla defesa e do contraditório, e por isso o lançamento é nulo por violar os arts. 18, 48, 108 e 109 do RPAF. Alega que protocolou os arquivos magnéticos do período sob ação fiscal, descabendo a multa aplicada, já que esta só é devida na hipótese de não fornecimento dos arquivos magnéticos, mediante intimação fiscal.

Questiona as multas aplicadas, por serem exorbitantes e arbitrárias. Cita doutrina e jurisprudência. Apega-se à vedação constitucional da utilização de tributo com efeito de confisco. Argumenta que, caso persista a autuação, as multas devem observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Ainda com relação às multas, alega que, no caso do item 7º, há equívoco na base de cálculo adotada, uma vez que o percentual de 1% incidiu sobre o montante das saídas, de modo que essa base cálculo para a aplicação da multa está errada, pois somente poderia incidir sobre os valores das inconsistências. Observa que o item 7º se refere a inconsistências nos arquivos magnéticos de determinados períodos, e, sendo assim, eventual multa somente poderia ser aplicada sobre aquelas mesmas inconsistência, e nunca sobre todas as saídas.

Questiona por fim a aplicação de juros com base na Selic. Diz que a aplicação da Selic como taxa de juros, tal como aconteceu com a TRD, tem sofrido fortes revezes no Judiciário, pela sua óbvia inconstitucionalidade e pela sua inaplicabilidade para fins tributários, culminando com a Decisão de sua arguição pela 2ª Turma do STJ, no REsp nº 215.881-PR. Comenta que a Selic comprehende, a um tempo, juros moratórios, juros compensatórios ou remuneratórios e indisfarçável conotação de correção monetária. Nota que os juros são um “plus” ao principal. Aduz que a correção monetária e os juros são entidades absolutamente distintas, haja vista que a correção monetária se imiscui no próprio principal, por ser uma entidade integrante do próprio principal, ao passo que os juros são extrínsecos ou adventícios, são frutos civis do capital ou frutos produzidos pelo capital, e sua apuração leva em conta o capital, mas não como fator intrínseco, de modo que os juros, por constituírem um novo valor, é uma entidade que se aditou ao principal e não uma entidade de readaptação do próprio principal, como se dá com a correção monetária. Reclama que, não bastando a total inconsistência do Auto de Infração e das multas aplicadas, quer ainda o fisco exigir taxa de juros sabidamente ilegal e inconstitucional. Requer que, na eventualidade de se manter a autuação, sejam excluídos os juros aplicados.

Requer a concessão do prazo de 30 dias, eventualmente prorrogável, para a juntada de documentos pertinentes, bem como dos listados em cada um dos tópicos relacionados aos itens em separado combatidos, em face da deficiência da autuação, da extensão do Auto, dos períodos envolvidos e de documentos necessários para corroborar as alegações da defesa.

Considera ser necessária a realização de perícia contábil nos livros, arquivos magnéticos e demais documentos da empresa a fim de que possa ser provada a inexatidão do procedimento fiscal, alegando ser esta a única forma de demonstrar o correto procedimento adotado pelo contribuinte.

Pede que o Auto de Infração seja declarado nulo, ou eventualmente, no mérito, improcedente.

Protesta pela produção de todas as provas admitidas, notadamente documental e pericial, conversão do feito em diligência, inclusive eventuais esclarecimentos que se fizerem necessários.

Requer que lhe seja garantido o direito de sustentar oralmente as razões da defesa.

Requer, ainda, que todas as intimações sejam encaminhadas ao endereço de seu advogado e representante, no endereço que indica.”

A PGE/PROFIS, ao se manifestar sobre o feito, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, aduzindo, para tanto que o apelo do contribuinte não trouxe qualquer argumento novo que pudesse embasar a reforma da Decisão guerreada. No tocante às nulidades arguidas, assevera que não se verifica, nos autos, qualquer ocorrência prevista no art. 18 do RPAF, motivo pelo qual se filiou aos argumentos trazidos pelos julgadores de primeira instância administrativa.

No tocante ao mérito da autuação, disse que o sujeito passivo não trouxe, aos autos, provas capazes de afastar as imputações contra si lavradas e que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal

(art. 143 do RPAF).

Quanto ao pedido de perícia, assevera que, embora o sujeito passivo houvesse afirmado a necessidade da sua realização, não trouxe aos autos os quesitos e as provas necessárias para embasar a sua pretensão. Diz, ainda, que o art. 147 do RPAF, prevê a hipótese de indeferimento do pedido de perícia quando for desnecessária em vista de outras provas produzidas.

No que concerne à irresignação das multas aplicadas, salientou que as mesmas encontram-se previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96 e estão adequadas às infrações apuradas no presente lançamento.

Quanto à aplicação da taxa SELIC, como índice de cálculo dos acréscimos moratórios, assevera que tal índice encontra-se previsto no art. 102 do COTEB, não havendo qualquer ilegalidade quanto a sua aplicação.

Ao final, opina o representante da PGE/PROFIS pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

O sujeito passivo ingressou com o presente Recurso Voluntário com a finalidade de reformar a Decisão proferida em primeiro grau administrativo, arguindo, em sede de preliminar 4 nulidades, e no mérito pela improcedência do Auto de Infração. Por uma questão de técnica processual, analisarei inicialmente as preliminares suscitadas e em seguida o mérito das acusações fiscais.

Inicialmente venho afastar o pedido de perícia, isto porque além do contribuinte não ter demonstrado de forma clara a sua necessidade, os elementos contidos nos autos são suficientes para a formação do meu convencimento.

Quanto à preliminar de nulidade da intimação, afasto a mesma, por entender que a empresa foi devidamente intimada, conforme o quanto previsto no RPAF. Conforme bem ressaltaram os julgadores de Primeira Instância, a pessoa que recebeu a intimação, tem o seu nome, no sistema da SEFAZ, como sendo um dos responsáveis pelo estabelecimento situado na Bahia, carecendo, portanto, de fundamentação as alegações defensivas.

A segunda preliminar, nulidade do Auto de Infração em decorrência do não recebimento dos demonstrativos fiscais que detalharam o lançamento, não merece ser acolhida, isto porque, conforme se constata às fls. 557, um preposto do autuado assinou um documento revelando que recebeu os demonstrativos que acompanharam a autuação. Afasto.

A terceira preliminar de nulidade em relação ao local da lavratura do Auto de Infração, não possui qualquer respaldo legal. Conforme se extrai, de uma simples leitura, do art. 39 do RPAF, é possível que o lançamento de ofício seja lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar a infração. Assim, tendo sido o Auto de Infração lavrado na repartição fazendária, após uma análise dos documentos apresentados pela empresa, não há que se falar em nulidade do procedimento fiscal.

A quarta preliminar, sustenta a nulidade do Auto de Infração sob o fundamento de violação ao princípio da legalidade. Analisando as razões trazidas pelo autuado, entendo que a nulidade suscitada não merece ser acolhida, isto porque, conforme salientaram os julgadores *a quo*, os dispositivos do regulamento indicados no Auto de Infração, não implicam em se estar exigindo algo não previsto em lei, até porque o regulamento repete os preceitos de Lei. Ressalte-se que o art. 19 do RPAF prevê que a indicação de dispositivo regulamentar equivale a menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente. Afasto.

No tocante ao mérito da infração 1, utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, a infração encontra-se devidamente caracterizada. Em que pesem as alegações do recorrente de que haveria saldo credor de ICMS, não foram colacionados aos autos documentos necessários para comprovar as suas alegações, ônus que lhe incumbia. Por outro lado, constata-se que o mesmo apenas

requereu prazo para apresentar a referida documentação, porém até a presente data não trouxe os referidos documentos, motivo pelo qual a infração deve ser mantida na sua integralidade.

Em relação à infração 2, a qual imputa ao sujeito passivo a falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da federação e destinadas a consumo do estabelecimento, constato que o art. 69 do RICMS dispõe que “*A base de cálculo do ICMS, para efeito do pagamento da diferença de alíquotas, é o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, constante no documento fiscal, e o imposto a ser pago será o valor resultante da aplicação, sobre essa base de cálculo, do percentual equivalente à diferença entre a alíquota prevista para as operações ou prestações internas neste Estado, segundo a espécie de mercadoria, e a alíquota interestadual prevista na legislação da unidade da Federação de origem,*” e o seu parágrafo único alínea “a” prevê que “*se, no documento fiscal de origem, não houver o destaque do imposto por erro ou omissão, bem como em virtude de não-incidência ou de isenção reconhecidas ou concedidas sem amparo constitucional pela unidade federada de origem, sendo que, para o cálculo da diferença a ser paga, será cotejada a alíquota interna deste Estado com a alíquota prevista na legislação da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais*”. Confrontando a tese do autuado, de que não haveria diferença de alíquotas porque a saída dos bens do estabelecimento de origem é feita com isenção do imposto, com os dispositivos legais acima transcritos, observa-se que a infração encontra-se devidamente caracterizada, isto porque apenas não é devida a diferença de alíquotas se a não-incidência ou isenção do imposto na saída da origem tiver amparo constitucional, sendo que no caso de isenção é necessário que haja um convênio entre as unidades federadas.

Quanto à infração 3, utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, constato que acertada foi a infração imputada. Em que pese o autuado afirmar que os bens que objetivaram a autuação, fossem peças de manutenção utilizadas no processo produtivo, analisando as mercadorias que embasaram a autuação, não é maior digressão para se constatar que se tratam de mercadorias para uso e consumo (peças de manutenção de equipamento, luvas, sapatos e avental), motivo pelo qual não acato as alegações do autuado e mantenho a autuação na sua integralidade. Quanto à alegação da inconstitucionalidade da legislação estadual, por violar o princípio da não-cumulatividade, deixo de me manifestar expressamente, isto porque esta Câmara de Julgamento Fiscal não possui competência para declarar a inconstitucionalidade de Lei, conforme previsão legal descrita no art. 167, I, do RPAF.

As infrações 4 e 5, por se tratarem de entrada de mercadoria no estabelecimento do recorrente sem a devida escrituração fiscal, constatada através de notas fiscais do CFAMT, analisarei as mesmas conjuntamente. A tese do sujeito passivo de que tais operações estavam encampadas em Regime Especial, onde é dispensado a escrituração das notas fiscais, não merece prosperar, isto porque, o referido regime especial apenas é valido na circulação de mercadorias dentro do complexo Ford, localizado no município de Camaçari. Porém, as notas fiscais que originaram as infrações 4 e 5, foram obtidas em postos fiscais, dentro do Estado da Bahia, através do sistema CFAMT, o que demonstra que tais mercadorias não circularam apenas dentro do complexo Ford.

Quanto à infração 6, consta no Auto de Infração que o recorrente escriturou duas notas fiscais como outros créditos, no livro de apuração, e estas não foram apresentadas à fiscalização. Embora o recorrente houvesse solicitado prazo para a apresentação das referidas notas fiscais, observo que até a presente data o mesmo não trouxe as referidas notas, documentos essenciais para elidir a infração. Assim, mantenho esta autuação na sua integralidade.

A infração 7, acusa o recorrente de ter deixado de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Analisando os autos constata-se que a infração encontra-se devidamente caracterizada, isto porque o contribuinte embora houvesse apresentado os arquivos magnéticos, não o fez na forma prevista em lei, ou seja, sem inconsistências. Ocorre que, o mesmo, embora devidamente intimado para corrigir as

inconsistências (fl. 25) não o fez até a presente data.

A alegação de que estaria acontecendo dupla apenação, em decorrência de outro Auto de Infração lavrado depois deste, não merece ser acolhida nesta oportunidade, pois se houver duplicidade de lançamento será objeto de análise no outro Auto de Infração, por ser ele posterior ao que está sendo analisado.

Não vislumbro qualquer nulidade na intimação, isto porque, conforme consta dos autos, as mesmas foram recebidas por prepostos do autuado, bem como não lhe trouxe qualquer prejuízo, uma vez que o mesmo tomou conhecimento da autuação. Com esses mesmos fundamentos afasto o argumento de inaplicabilidade da multa (tópico 4.1 do Recurso Voluntário).

Quanto à alegação de que a multa encontra-se aplicada erroneamente, não acato tal argumento, isto porque a JJF reparou o equívoco, adequando a capitulação da multa corretamente, sem que alterasse os valores lançados, não havendo, portanto, qualquer alteração no fulcro da autuação, bem como cerceamento de defesa. Destaque-se, ainda, que o sujeito passivo se defende dos fatos imputados e que o equívoco da indicação do dispositivo legal não causa qualquer prejuízo ao autuado.

Afasto a alegação de que a multa é exorbitante, isto porque o percentual de 1% sobre o total das operações, aplicado pelo autuante, encontra-se devidamente previsto em lei, não tendo este conselho competência para declarar que a mesma tem efeito confiscatório.

No tocante à irresignação quanto à correção baseada na taxa SELIC, este órgão julgador não possui competência para analisar a sua constitucionalidade.

No tocante à intimação, na pessoa do advogado, indicada na última folha do seu Recurso Voluntário, não vejo nenhum impedimento de se remeter as referidas intimações para tais endereços, porém, venho adverti-lo que a sua falta não causará nenhuma nulidade, isto porque as intimações no processo administrativo devem ser para o autuado e que este comunique ao seu defensor.

Após estas considerações, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232946.0003/07-9, lavrado contra **KAUTEX TEXTRON DO BRASIL LTDA. (KAUTEX-A TEXTRON COMPANY)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$93.893,62**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$287.911,47**, previstas no art. 42, incisos IX, XI e XIII-A, “i”, da supracitada lei, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de maio de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS - RELATOR

ROSANA MACIEL BITENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS